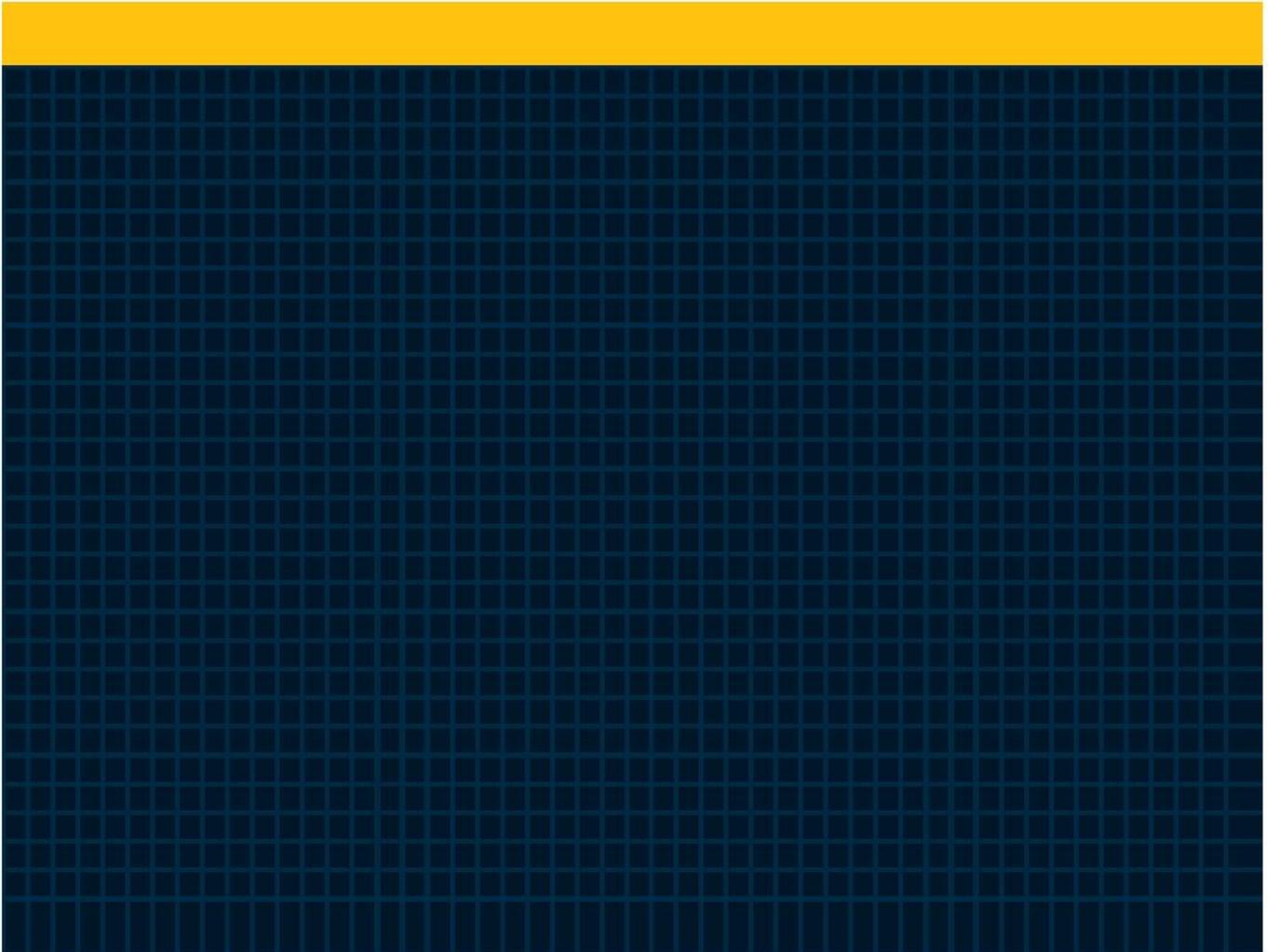


ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°60 - SEPTIEMBRE 2014



EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

Lorena Rebolledo Latorre¹

I. Aspectos generales

Previo a la publicación de la Ley N°20.074, que modificó diversas normas del Código Penal y Código Procesal Penal, [respecto a este último citaremos la incorporación de un nuevo inciso final al artículo 315 del Código Procesal Penal², facultando la incorporación al juicio oral de la pericia relativa a la determinación de drogas estupefacientes o sicotrópicas, a través de la sola presentación del informe], los peritos, a cargo de efectuar el análisis de las drogas, comparecían a declarar, exponiendo el contenido del informe por ellos elaborado, refiriendo la presencia, o no, de la droga objeto del análisis, y los efectos tóxicos que ésta genera en el organismo humano. Y tanto, en el informe mismo como en las declaraciones por ellos vertidas en juicio, explicaban los alcances de la pureza o cantidad de sustancia ilícita presente en una muestra de droga. Así, expresaban que cualquier concentración o pureza de la droga, es peligrosa y dañina para la salud.

Los delitos contenidos en la Ley N°20.000 nos demuestran, en cada oportunidad que se presenta, ser de una arquitectura compleja, en la que no es posible determinar una única conducta descrita, como queda de manifiesto en los tipos penales de tráfico del artículo 3° y de tráfico de pequeñas cantidades de droga del artículo 4°, como tampoco es posible establecer un único momento comisivo, patente por las distintas hipótesis que prevé cada una de las normas citadas, así como por la expresa anticipación del castigo prevista en los artículos 17 y 18 de la mentada ley. Como podemos apreciar, además, tampoco es posible a estas alturas sostener que los tipos penales previstos en la Ley N°20.000 respondan a la protección de un único bien jurídico.

1 Abogada, Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Chile, Ley N°20.074, modifica los Códigos Procesal Penal y Penal. Diario Oficial del 14 de noviembre de 2005. Artículo 1°, N°34: Introdúcese, en el artículo 315, el siguiente inciso final: "No obstante, de manera excepcional, las pericias consistentes en análisis de alcoholemia, de ADN y aquellas que recayeren sobre sustancias estupefacientes o psicotrópicas, podrán ser incorporadas al juicio oral mediante la sola presentación del informe respectivo. Sin embargo, si alguna de las partes lo solicitare fundadamente, la comparecencia del perito no podrá ser substituida por la presentación del informe".

Supuesta la necesidad, como toda norma penal, de tributar al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como a la significancia o lesividad implícita en el castigo de aquellas conductas que efectivamente importen una manifestación de la antijuridicidad en su sentido material, podemos al menos enunciar, que los delitos previstos en la Ley N°20.000, y particularmente en los artículos 1°, 3° y 4°, presentan una *naturaleza pluriofensiva*. No obstante, este es un tema que trataremos a futuro, por exceder los propósitos del presente artículo; en razón de ello, sólo lo enunciaremos, dada la importancia que nos parece, tiene esta reseña.

Ahora bien, la intención de este artículo es dar cuenta de aquellas situaciones en que la puesta en peligro del bien jurídico protegido, en los delitos de tráfico ilícito de drogas, corresponde preferentemente a la salud pública o colectiva, y lo que nos proponemos demostrar es que esta afectación a la salud, existe con cualquier porcentaje de pureza o concentración presente en la sustancia, y que ello es suficiente para desencadenar potencialmente daños considerables a la salud. Es este «bien tutelado penalmente por el Estado» que nos merece especial detención y análisis, entendiéndose que la Ley de Drogas, al referirse a la salud en sus diferentes disposiciones, lo hace principalmente en referencia a la salud pública, colectiva o de la comunidad.

II. El bien jurídico protegido

El objeto jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas importa la puesta en peligro del mismo, vale decir no exige un resultado lesivo concreto. En esta categoría de delitos encontramos a la *salud pública*. En contraposición de la salud individual o personal como es el caso del delito de suministro de hidrocarburos a menores, del artículo 5° de la Ley N°20.000³.

Hasta ahora, esta afirmación ha generado bastante consenso tanto en la doctrina nacional como en la extranjera.

Politoff, Matus y Ramírez expresan que “la propia Ley N°20.000 señala en sus arts. 1°, 43 y 65 que estos delitos afectan al bien jurídico salud pública, en la medida que las sustancias objeto material de los mismos lo hacen, y también a esta clase de delitos deben entenderse referidas las conductas punibles, a afecto de la aplicación extraterritorial de la ley chilena”^{4 5}.

3 Véase la primera sentencia dictada en reforma procesal penal por suministro de hidrocarburos a menores, Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 10 de mayo de 2002, RUC N°0100014466-1, RIT N°015-2002.

4 La Ley de Drogas se complementa mediante un Reglamento: Decreto Supremo N°867, que contempla listas taxativas de sustancias estupefacientes o sicotrópicas cuyo tráfico se prohíbe.

5 POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2005, p. 573.

A su turno, García Ramírez expresa: “El Bien Jurídico Tutelado, es la salud pública, ya que cuando existen situaciones en común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social, común a todos ellos, porque efectivamente, todos las necesitan y las aprovechan, o porque un determinado número de ellos puede necesitarlas o aprovecharlas”⁶.

Rey Huidobro, haciendo un análisis respecto a si la protección a la salud colectiva significa al mismo tiempo la de la salud individual de los posibles consumidores de drogas, sostiene: “que el término salud pública es un vocablo que indica la salud de los individuos que componen la sociedad, no es menos cierto que no da la idea de una salud genérica y sin portadores, sino que ha de considerarse la suma de cada una de los pertenecientes a una colectividad de ciudadanos, por eso es por lo que pienso que la defensa de la salud colectiva lleva consigo la individual de cada persona en particular. No se puede pretender que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual, ya que ello implicaría pensar que la comunidad social posee una salud distinta que aquella de los individuos que la componen, en cuyo caso, podría ser dañada sin que la de aquellos se resintiera. Por el contrario, en estos casos la colectividad se yuxtapone a la persona, y frente al individuo concreto que es lesionado o matado, aparece en conjunto como sujeto pasivo de una conducta delictiva”⁷.

Ahora bien, si damos revista a los tipos penales que contempla la Ley N°20.000, podemos señalar que el bien jurídico protegido es de carácter pluriofensivo, es decir, aquellos en los que el legislador toma en consideración variados intereses y establece su tutela por la norma penal, afectándose por consiguiente, en mayor medida bienes jurídicos distintos a la salud pública, como es la situación de la *asociación ilícita*, descrita y sancionada en el artículo 16 de la Ley de Drogas, por cuanto el objeto de protección es el orden público y la salud; el delito de *omisión de denuncia de funcionario público* del artículo 13 de la Ley N°20.000 y la *violación de secreto* del artículo 38 del mismo cuerpo legal, que afectan la correcta administración de justicia.

De esta forma, en la legislación antidrogas encontramos dentro de sus figuras penales una primacía de la salud pública como objeto de protección, sin embargo, se protegen además otros bienes jurídicos tales como la salud individual, el orden público, la correcta administración de justicia, etc.

6 GARCÍA RAMÍREZ, Efraín Lic. *Drogas. Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud*. 4ª ed., México D.F., Editorial Sista S.A. de C.V., 1989, p. 241.

7 REY HUIDOBRO, Luis F. *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. 1ª ed., Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1987, p. 130.

Finalmente, podemos agregar que el Código Penal contiene una serie de delitos cuyo bien jurídico es la salud pública, entre los artículos 313 letra a) a 318. Por citar algunos ejemplos, delitos relativos al ejercicio ilegal de las profesiones médicas, art. 313 letras a, b y c; el expendio de sustancias nocivas, arts. 313 letra d) y 314 y la diseminación de gérmenes patógenos, art. 316.

III. Concepto de salud pública como objeto jurídico tutelado

En este acápite, nos parece acertado citar a Ganzenmüller, Frigola y Escudero. Sobre la definición de salud pública señalan que: “Aun no existiendo un concepto penal de «salud pública», son muchas y variadas las definiciones dadas, y puede desprenderse de todas ellas que la salud pública que protege el derecho penal no consiste únicamente en la salud física de los ciudadanos que componen la colectividad, sino que abarca todas aquellas manifestaciones que inciden sobre el bienestar físico, psíquico y social de la persona y de la comunidad, entendida ésta como el conjunto de personas que conviven de manera estructurada e interdependiente”⁸.

A su turno, Politoff y Matus refieren qué debe entenderse por salud pública: “...la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas y la libertad de los individuos afectados, de resultas de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción”⁹.

Dando revista a los conceptos entregados en estos párrafos, podemos concluir que la salud pública contendría al menos, los siguientes elementos:

1. *La salud, en todas sus dimensiones*, tanto física como síquica.
2. *Involucra a la sociedad*; importa la salud de los miembros indeterminados de una colectividad.
3. *Requiere la intervención del Estado “ius puniendi”*. Es decir, serán tipificadas aquellas conductas que suponen un riesgo de lesión al objeto jurídico tutelado.

8 GANZENMÜLLER, Carlos; FRIGOLA, Joaquín y ESCUDERO, José Francisco. *Delitos contra la Salud Pública (II): Drogas, Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes*. 1ª ed., Barcelona, España, Bosch Casa Editorial, S.A., 1997, págs. 68 y 69.

9 POLITOFF, Sergio y MATUS, Jean Pierre. *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Estudios de Dogmática y Jurisprudencia*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1988, p. 14.

IV. Tráfico de drogas. Delito de peligro abstracto

Por la intensidad de la agresión al bien jurídico protegido, se distinguen los delitos de lesión y los de peligro, y estos últimos, pueden ser de *peligro concreto* o de *peligro abstracto*.

Delito de lesión es aquel que para su consumación exige que objetivamente se produzca el menoscabo del bien jurídico. Un ejemplo de esta clase de delitos son las defraudaciones y estafas sancionadas en los artículos 467 y siguientes del Código Penal, donde el hecho, para que se consuma, tiene que provocar una pérdida o disminución del patrimonio del tercero afectado.

En cambio, el *delito de peligro* es aquel que se satisface con la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídico que se pretende amparar con la creación de la figura penal, no siendo necesaria la producción de la lesión¹⁰.

Se advierte en general que los delitos contra la salud pública son delitos de peligro y no de lesión, es decir, no requieren para su consumación que se verifique una lesión efectiva al bien jurídico protegido, pues basta con que el bien jurídico protegido haya sido puesto en peligro¹¹.

Romeral Moraleda y García Blázquez afirman que: “la naturaleza de este delito [tráfico de drogas], que es de *riesgo en general o de peligro común*, parte de la posibilidad de que se produzca un daño a valores o bienes que afectan a la sociedad y comunidad en su conjunto, y que el legislador trata de proteger, anticipándose al resultado lesivo del bien jurídico protegido, en este caso, la salud pública. Dentro de los delitos de peligro común, el de tráfico de drogas se sitúa entre los de *peligro abstracto*, pues basta la realización de cualquiera de las conductas previstas en el tipo, *la mera actividad*, para que se considere delictiva, sin necesidad de acreditar, en el caso concreto, que ha existido un peligro para la salud”¹².

En la práctica podríamos pensar que el riesgo precisamente podría llegar por ejemplo a la salud de niños, enfermos, mujeres embarazadas u otras personas con menos resistencia a la toxicidad de las drogas.

10 GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 1997, p. 253.

11 HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. Memoria: *Las Drogas Ilegales en el Derecho Penal Chileno. Análisis Crítico de Dogmática y Política Criminal*. Santiago de Chile, 1992, p. 125.

12 ROMERAL MORALEDA, Antonio y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel. *Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos penales y médico-forenses*. Granada, España, Editorial Comares, 1993, p. 3.

Por su parte, la jurisprudencia ha sostenido esta misma naturaleza de peligro abstracto para los delitos de tráfico de drogas. Así, la *Illtma. Corte de Apelaciones de Concepción* ha señalado que:

“se trata de uno [tráfico de drogas] de peligro abstracto –también llamado de peligro presunto–, es decir, de un tipo donde el legislador supone que ciertas conductas, de acuerdo a la experiencia general, entrañan siempre y en todo caso una peligrosidad general para algún bien jurídico tutelado, lo cual basta para su punibilidad; se reprime la acción típicamente peligrosa sin exigir que en el supuesto concreto se cree una real o efectiva situación de riesgo al interés protegido, como resultado de la acción. El peligro no pertenece al tipo y es bastante para su penalización la probabilidad de la producción de las consecuencias dañinas (“Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía”; José Enrique Valencia M. citando a Hans - Heinrich Jeschek en traducción de los profesores Mir Puig y Muñoz Conde, página 594; primera edición; 2005; Legis Editores S.A.)¹³”.

Y en oposición a los delitos de peligro abstracto encontramos a los de *peligro concreto*, en que la conducta debe realmente haber creado un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido, como es el caso del delito descrito en el artículo 475 del Código Penal, que sanciona el incendio provocado en lugares donde hay personas, pues las mismas deben haber sido puestas en real peligro¹⁴.

V. Pureza de la droga

El delito de tráfico de drogas afecta la salud pública, siempre que las sustancias estupefacientes o sicotrópicas –objeto material– puedan afectarla y estén controladas. En este punto confluye otro aspecto, cual es el de la pureza o concentración de droga controlada presente en la sustancia incautada. Entonces, formulamos la siguiente interrogante:

¿La determinación de la pureza es una exigencia para la acreditación del tipo penal?

Mediante una simple interpretación sistemática de las normas de la Ley N°20.000 y, teniendo presente conocimientos científicos y la propia jurisprudencia dictada por nuestros tribunales de justicia, podemos responder a esta pregunta de la siguiente forma:

13 Corte de Apelaciones de Concepción, 28 de octubre de 2011, Rol N°438-2011, considerando 6°. Sentencia recaída en recurso de nulidad acogido, interpuesto por la Fiscalía Local de Concepción.

14 GARRIDO, ob. cit., p. 253.

1. El delito de tráfico de drogas del artículo 3° o la figura privilegiada del artículo 4° de la Ley de Drogas, **no contempla dentro de sus elementos, la determinación de la pureza o concentración de la droga**¹⁵. El objeto material está descrito como: art 1° Ley N°20.000 “...sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud...”. A su turno, el art. 1° del Reglamento de la Ley de Drogas N°867, cataloga a estas sustancias, sin mencionar que deba tratarse de una droga con determinada pureza.
2. Por el solo hecho de estar en **presencia de una sustancia contenida en el Reglamento N°867**, y que esta naturaleza de sustancia prohibida haya sido determinada por medio idóneo, como lo es por ejemplo, un informe de drogas de una institución pública que realiza dichos peritajes, aun cuando no se indique la concentración de la misma, basta para poder remitirnos a los elementos del tipo penal de tráfico. La aptitud para producir graves efectos tóxicos está en la cualidad o naturaleza de la droga y no en su aspecto cuantitativo.
3. Es menester dejar en claro que la información sobre el grado de concentración de la droga, en la actualidad constituye sólo una **obligación de tipo administrativa para el servicio de salud** que debe realizar la pericia respectiva, según lo dispone el artículo 43 de la Ley N°20.000. Esto, a diferencia de lo que prescribía la antecesora Ley de Drogas, N°19.366, que en su artículo 26 otorgaba el valor de prueba pericial al protocolo de análisis de la droga, según el sistema de apreciación de la prueba imperante de la época, de “prueba legal tasada”¹⁶. Nuestro sistema actual de valoración

15 Otro tanto ocurre con las discusiones relativas al “estado” en que se presenta la cocaína. Aplicaremos este mismo razonamiento, pues si observamos la descripción legal tanto del tráfico (Art. 3°) como del llamado microtráfico (Art. 4°), no advertimos ninguna referencia a los estados de las drogas, “*de base o clorhidrato*”. Lo mismo sucede con la norma reglamentaria: Decreto N°867, que contempla el objeto material pormenorizado del delito de tráfico (Art. 1° y Art. 2°); *la cocaína está listada, sin denominación alguna*.

16 Chile, Ley N°19.366, sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial del 16 de febrero de 2005. “Artículo 26, inciso 5°: “El Servicio aludido deberá emitir, en el más breve plazo, un protocolo de análisis en el que se identificará el producto y sus características, se señalará su peso o cantidad aproximados y se indicará, además, la peligrosidad que revista para la salud pública. Dicho protocolo de análisis tendrá el valor probatorio señalado en el artículo 472 del Código de Procedimiento Penal.

Conservará, en todo caso, una determinada cantidad de dicha sustancia para el evento de que el tribunal decreta nuevos análisis de la misma”.

La Ley N°19.806, de fecha 31 de mayo de 2002 introdujo adecuaciones a nuestro sistema legal, a propósito de la reforma procesal penal, y una de ellas afectó al protocolo de análisis de la droga, **eliminándose expresamente su valor probatorio**. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, p. 51-52. Boletín N°2.217-07, Cámara de Diputados [en línea]. Disponible en: <http://www.camara.cl/pley/>

de la prueba corresponde a la “sana crítica”, por lo tanto, entendemos que la exigencia probatoria en torno a la acreditación del objeto material en aquellas investigaciones por tráfico de drogas, a través del protocolo de análisis de los servicios de salud, es un error. El Ministerio Público bien podría pedir el peritaje de análisis de la droga a otras instituciones, a las cuales no podría exigírseles las menciones del artículo 43.

4. Observamos además que la mención **“pureza” de la droga se encuentra contenida en el inciso final del artículo 4° de la Ley N°20.000, sólo en relación a la causal de justificación:** consumo personal, exclusivo y próximo en el tiempo, vale decir, útil como un elemento más en la determinación acerca de si se está ante un consumidor o un traficante.
5. A mayor abundamiento, cabe señalar que los peritos al comparecer en juicio han declarado en reiteradas oportunidades que, **cualquier porcentaje de pureza de la droga es igualmente peligrosa y dañina para la salud.** Asimismo, los “Informes de Peligrosidad para la Salud Pública” describen los efectos de la cocaína en este mismo sentido.

A modo ilustrativo citaremos la sentencia condenatoria por tráfico de drogas del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó**, de fecha 12 de febrero de 2010, que en su considerando séptimo refiere:

“... Todo lo anterior, unido a la prueba aportada en la audiencia, no hace más que llevarnos a concluir, –al menos más allá de toda duda razonable– que los elementos y circunstancias que rodearon el actuar del acusado, apuntan al delito del artículo 3 de la ley 20.000. Cabe agregar que la química farmacéutica fue clara en señalar que el porcentaje, habitual o normal de concentración o pureza de pasta base que ella ve en los protocolos que pasan por sus manos, fluctúa entre un 20 % a un 10 % y hasta un 5 %. Por su parte dos Informes sobre la acción de la cannabis sativa y de la cocaína en el organismo, incorporados por la fiscalía como prueba documental número tres de la misma, son claros en señalar que **cualquiera concentración o pureza de la droga es igualmente dañina para la salud pública** [negrilla y cursiva agregada por la autora] y que el uso de la cannabis acarrea grave daño a la salud pública. Suficiente”¹⁷.

En este mismo sentido, podemos citar el fallo condenatorio por tráfico de drogas, del **Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Bernardo**, de fecha 13

pley_detalle.aspx?prmID=403&prmBL=2217-07 [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2014].

17 Tribunal Oral en lo Penal de Curicó, 12 de febrero de 2010, RUC N°0810008698-1, RIT N°93-2010, considerando 7°.

de enero de 2012. En el considerando décimo, sobre la valoración de la prueba respecto del hecho punible señala:

“...para acreditar su peligrosidad y que la droga incautada no contaba con autorización para su tráfico, se tiene informe de efectos y peligrosidad de la cocaína clorhidrato, emitido por el ISP, que reseña que puede provocar trombosis, derrame cerebral, complicaciones cardiovasculares y paranoia transitoria. No existe persona natural o jurídica en Chile que esté autorizada para portar, distribuir, consumir o vender cocaína y las importaciones son autorizadas por el ISP con fines estrictamente analíticos y excepcionalmente científicos...”¹⁸.

Finalmente, mostraremos algunas sentencias de tribunales superiores, relativos a la pureza de la cocaína:

El primero, de la *Itma. Corte de Apelaciones de Santiago*, Rol N°3244-13, de fecha 30 de diciembre de 2013, que rechazó un recurso de nulidad deducido por la defensa por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, por infracción al artículo 1° del Código Penal, porque se estimó delito una conducta carente de la necesaria antijuridicidad material para ser sancionada penalmente, por la ausencia de determinación de la pureza de la cocaína lo que impidió establecer si ésta tenía o no la idoneidad como para producir graves efectos tóxicos o daños considerables en la salud pública, vale decir, a juicio de la defensa, no se pudo acreditar la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Así, esta Corte en el considerando cuarto refiere:

“...No altera lo concluido precedentemente las alegaciones de la defensa en relación a exigencias que el artículo 43 de la Ley N°20.000 hace respecto del contenido del protocolo del análisis químico de la sustancia incautada que debe emitir el servicio de Salud, atingente en la especie, el grado de pureza de esta sustancia, toda vez que este no es un elemento del tipo penal definido en los artículos 1 y 4 de la misma Ley, sino más bien es un antecedente que permite discernir si, en circunstancias de posesión, transporte, guarda o porte, se está o no frente a un delito de tráfico de pequeñas cantidades de drogas o ante una situación de uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, que puede operar como causal de justificación o ser sancionada como una falta del artículo 50 de la Ley N°20.000...”.

¹⁸ Tribunal Oral en lo Penal de San Bernardo, 13 de enero de 2012, RUC N°1101348718-0, RIT N°07-2013, considerando 10°.

El segundo fallo que citaremos, corresponde a la *Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso*, Rol N°1690-2013, de fecha 8 de enero de 2014. En este caso, el recurrente fue la fiscalía. Se plantea la causal de nulidad del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación al artículo 297 del mismo cuerpo legal. En subsidio, se invoca la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Respecto a la primera causal, ésta se funda en haber concluido el tribunal que las sustancias que poseía el acusado no eran de aquellas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.

En relación a la causal subsidiaria, cabe señalar que la infracción estaría referida a los artículos 1°, 4°, 43 y 63 de la Ley de Drogas, por la absolución del imputado, pues el tribunal estimó no acreditado el hecho punible por la falta de determinación de la pureza de la droga incautada. Sin embargo, según los hechos establecidos por el tribunal, se encontraban contenidos todos los elementos del tipo penal de tráfico del artículo 4° de la Ley 20.000.

De esta manera, la Corte acogió el recurso de nulidad fundado en la causal subsidiaria antes descrita, reseñando en el considerando noveno lo siguiente:

“...Del tenor de ambas disposiciones [artículos 4° y 1° de la Ley N°20.000] se desprende claramente que lo que determina si se está en presencia de una droga de aquellas capaces de provocar graves daños a la salud, es la presencia de cocaína, sin que la ley exija algún grado de pureza de la misma para determinar la existencia de daño que ésta provoca, lo que aparece corroborado en el informe tipo que remite el Servicio de Salud sobre la acción de la cocaína en el organismo, al señalar que cualquier pureza de la misma produce daño a la salud, lo que refuerza que basta la sola presencia del principio activo de la cocaína, para que se dé el tipo penal que la ley sanciona”.

Y agrega en el considerando décimo:

“Que la infracción de derecho se produce al pretender los sentenciadores evaluar si una sustancia que ha sido establecida como droga por expertos y como un hecho de la causa por ellos mismos, provoca o no daños a la salud, entendiendo que así lo exige el artículo 43 de la Ley 20.000, ello de acuerdo al grado de pureza que tenga la misma, en circunstancias que el artículo 1° del Reglamento mencionado enumera con precisión cuáles las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sancionadas en el tipo penal que nos ocupa, sin que corresponda al sentenciador calificar esta circunstancia exigiendo un elemento no contemplado en el mismo, error que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo,

toda vez que al efectuar una errada calificación de los hechos que tuvo por establecidos en el motivo noveno del fallo, ha aplicado erróneamente el derecho...”.

La tercera y última sentencia que mencionaremos corresponde a la *Excma. Corte Suprema*, Rol N°7470-14, de fecha 26 de mayo de 2014¹⁹. La defensa interpuso un recurso de nulidad, por la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, de forma principal, y por la letra b) del mismo precepto legal, de manera subsidiaria.

Ambas causales de nulidad fueron rechazadas. Sobre la causal subsidiaria invocada, fundada en la errónea aplicación del artículo 1° del Código Penal, al considerar el tribunal oral como delito una conducta carente de antijuridicidad material, por cuanto el análisis de la droga incorporado no indica su pureza, no acreditándose de esta forma el objeto material del delito, la Corte Suprema la desestimó señalando:

1. Tratándose de cocaína base –droga capaz de producir daños considerables a la salud– el bien jurídico protegido no es otro que la salud pública.
2. El hecho establecido, tráfico de pequeñas cantidades de droga –artículo 4° Ley N°20.000–, sólo requiere que el objeto material lo constituyan “pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o química, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1°, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”, que se describen y clasifican en los artículos 1° y 2° del Reglamento de la Ley N°20.000.
3. La pureza de la droga no es una exigencia del tipo penal.
4. La cocaína se encuentra contenida en el artículo 1° del Reglamento de la Ley N°20.000, entre aquellas sustancias estupefacientes o sicotrópicas capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud.
5. El protocolo de análisis contemplado en el artículo 43 de la Ley N°20.000 en nada altera lo resuelto, por cuanto los elementos que en éste se contienen, entre ellos la concentración o pureza de la droga le permiten al juez tener un mejor conocimiento de las características de la droga incautada, constituyendo en todo caso una herramienta útil para decidir si se está en presencia de un consumidor o un traficante, criterio que tuvo en consideración el artículo 4° de la Ley de Drogas en su inciso final al incorporarlo como un elemento de juicio más.

19 En el mismo sentido: Corte Suprema, 27 de mayo de 2014, Rol N°7785-14.

En conclusión, la afectación a la salud pública tiene correspondencia con las sustancias descritas en la Ley N°20.000 y listadas en el Reglamento de la misma, con prescindencia de la cantidad de droga presente en una incautación, aun cuando se trate de una droga de muy baja pureza, pues este elemento además de no formar parte del tipo penal²⁰, ha sido desestimado por los profesionales expertos que realizan los peritajes de droga, en el sentido que han vertido conocimientos científicos, en orden a refrendar que cualquier porcentaje de pureza, en todo caso, puede acarrear daños en el organismo humano.

VI. Trazas

No podemos dejar de mencionar dentro del análisis de la salud pública, el concepto y criterios jurisprudenciales respecto a las “trazas de una droga”.

El Instituto de Salud Pública de Chile ha descrito a las trazas como la “cantidad o concentración de analito que puede ser detectada pero no cuantificada con un cierto nivel de confianza, es decir, corresponde aquella concentración que está por sobre el límite de detección pero bajo el límite de cuantificación”²¹.

En otras palabras, se trata aquí de una presunta droga que al efectuarse el análisis, por su baja cantidad sólo es posible confirmar su naturaleza o cualidad, no así su grado de pureza o cuantificación.

Entonces, la pregunta que corresponde efectuar en este punto es: ¿podría cuestionarse la potencial puesta en peligro de la salud, si el objeto material o sustancias bajo control se presentan como “trazas”?

A la luz de los comentarios ya vistos a propósito de la pureza de la droga, la respuesta pareciera ser bastante incuestionable y lógica. Se ha concluido que la no determinación de la valoración de la droga, no forma parte del tipo penal, aun cuando las Defensas busquen por esta vía, alegar la atipicidad de la conducta.

Para ejemplificar aún más este tema, citaremos algunas sentencias:

20 En este sentido: Tribunal Oral en lo Penal de Concepción, 31 de julio de 2012, RUC N°1100901392-1, RIT N°347-2012, considerando 13°, refiere: “...para efecto de configurar el ilícito en cuestión la pureza de la droga incautada es irrelevante, por cuanto este parámetro no se encuentra incluido en el tipo penal, de manera que el mayor o menor daño que se causare a la salud no dice relación con la tipicidad, ya que no obstante la calidad o pureza de la sustancia ilícita, igualmente es idónea para producir un daño o poner en peligro el bien jurídico salud de la población, sin importar su magnitud”.

21 Instituto de Salud Pública de Chile, Ministerio de Salud. *Guía de Pericias Químicas en el Marco de la Ley N°20.000*. 2011. p. 29. En este mismo documento, el ISP define el término “Analito”: Sustancia contenida en la muestra sometida a análisis. p. 28.

La primera, del *Tribunal de Garantía de Litueche*, condenatoria en procedimiento abreviado, por tráfico del artículo 4° de Ley N°20.000, de fecha 7 de noviembre de 2008, trata un caso de porte de 150 gramos de clorhidrato de cocaína. El Instituto de Salud Pública informó, mediante la emisión del respectivo peritaje, que la muestra analizada contenía “trazas”, señalando que existía certeza de la presencia de cocaína, no pudiéndose determinar con el mismo grado de confiabilidad utilizado para la determinación de la naturaleza de la droga, el porcentaje de cocaína hallado.

El tribunal, en el considerando décimo argumentó:

“Por otro lado, el hecho de que las sustancias incautadas eran de las contempladas en el artículo 1 de la Ley 20.000 y su reglamento, si bien fue cuestionada por la defensa respecto en su cantidad, no lo fue en cuanto a su correspondencia con la incautada, adquiriéndose la certeza de su contenido con el mérito de los documentos incorporados por el Ministerio Público, que por lo demás emanan de profesionales calificados de la especialidad, fundándolos en análisis científicos, efectuados en una Institución Pública, previas pruebas de rigor, circunstancias que producen convencimiento que dicha sustancia era contenedora de clorhidrato de cocaína y que en la muestra analizada —mucho menor que la incautada, según se desprende del mismo informe— fue incuantificable la determinación de su cantidad, al contener “trazas”, lo que en último término no le quita la certeza de presencia de clorhidrato de cocaína”²².

La segunda, del *Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago*, absolutoria/condenatoria, por tráfico de drogas, de fecha 31 de enero de 2009²³. En este caso, funcionarios policiales sorprendieron al acusado en su domicilio transfiriendo clorhidrato de cocaína, constatando al ingresar al inmueble que mantenía esta droga y que arrojó un peso bruto de 410,3 gramos.

Para la acreditación del objeto material se rindió prueba pericial consistente en la incorporación de los protocolos de análisis de la droga incautada y la deposición del perito analista. Esta última, refiere en forma categórica sobre los efectos dañinos de la sustancia analizada, no obstante estar en presencia de trazas de cocaína:

“Concluye que las tres muestras tenían cocaína en forma de clorhidrato, su compuesto principal era carbonato y el puntaje [sic] de pureza bajo

22 Tribunal de Garantía de Litueche, 7 de noviembre de 2008, RUC N°0800170021-K, RIT N°61-2008, considerando 10°.

23 Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 31 de enero de 2009, RUC N°0700508486-K, RIT N°404-2008, considerandos 5° y 11°.

el límite de cuantificación pero sobre el de detección. Aclarando reitera que en estas pequeñas cantidades bajo el límite de cuantificación puede haber variación, las trazas son valores cercanos al 1% y se dice trazas por no estar muy seguros de su exactitud. ***A pesar de ser trazas tenía los mismos nocivos efectos estimulantes que generan toxicidad cardiovascular y efectos en el sistema nervioso central, inhiben el apetito y en altas concentraciones provocan en el cerebro sobre estimulación.*** Dice que siempre ha habido confusión, pero insiste que en cualquier concentración es dañina a la salud pública, porque su efecto no depende de la concentración en que se encuentre, sino de la dosis que la persona consume, así por ejemplo una persona se puede tomar un whisky de 50 grados y una cerveza con menos grados e igual de [sic] puede emborrachar, en el caso del porcentaje de nicotina, también puede producir efecto a pesar de ser mínima su concentración; el porcentaje no es necesariamente de la toxicidad, pues la persona va a consumir hasta que logre el efecto deseado, si es menos concentrada consumirá más. Al defensor responde que pasa por la cantidad que se consume, en el caso del consumo callejero siempre es bajo, que analizó tres muestras pero no los contenedores, que siempre sobre un peso de 4 gramos se remiten hasta 2 gramos y el resultado es del muestreo”.

Sobre las alegaciones de la defensa, en cuanto a la entidad de la droga incautada, por haberse concluido científicamente la existencia de cocaína en trazas, lo que conllevaría a la no afectación de la salud pública, el tribunal en el considerando undécimo, rechazando esta interpretación, argumentó:

“En lo atinente a este tema, tampoco el Tribunal se hace eco de sus alegaciones, porque aparte de todos los elementos ya analizados que permitieron sostener que la sustancia que mantenía el acusado G.O. correspondía a cocaína clorhidrato de una pureza aproximada al 1%, la apreciación del perito fue contundente al concluir que las tres muestras tenían cocaína en forma de clorhidrato e insistiendo además que en cualquier concentración esta sustancia es dañina a la salud pública, porque su efecto no depende de la concentración en que se encuentre, sino de la dosis que la persona consume, descartándose entonces que los valores estuvieran por debajo del mínimo aceptable, según afirmara el defensor. Sin perjuicio de lo anterior es preciso recordar que los preceptos legales correspondientes, contenidos en la ley 20.000, artículos 1 y 3, no mencionan *el grado de pureza* como un elemento del tipo a considerar para que la sustancia estupefaciente sea o no ilícita”.

Y, finalmente, citaremos la sentencia de la ***Ultma. Corte de Apelaciones de Arica***, de fecha 27 de septiembre de 2013, que acogió un recurso de nulidad deducido por el Ministerio Público por la causal del artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a los artículos 342 letra c) y 297 del

mismo cuerpo legal. Este es un caso de transporte de más de medio kilo de clorhidrato de cocaína, que presentó la característica de ser “traza”, es decir, la concentración de la droga está por debajo del límite de cuantificación.

Resulta interesante destacar que en esta causa la Corte se pronunció acerca de la naturaleza del informe que describe el artículo 43 de la Ley N°20.000, señalando que:

“es sino una *diligencia de investigación* [negrilla y cursiva agregada por la autora] que sólo tiene el carácter de prueba a analizar por los jueces una vez incorporado en conformidad a la ley en la respectiva audiencia de juicio oral, siendo en consecuencia a partir de ese instante un elemento a ponderar y valorar por los sentenciadores, en los términos señalados en los artículos 297 y 342 del Código Procesal Penal”²⁴.

VII. Comentario final

Mediante este trabajo, hemos querido mostrar los alcances de la salud pública, como objeto jurídico del delito de tráfico de drogas.

En esta tutela penal colectiva hemos podido poner de relieve *la carencia de fundamentos científicos*, a través de los argumentos revisados, en torno a la ausencia de objeto material en los casos de no determinación de pureza de la droga, sea que ésta no se haya podido efectuar porque se trató de un peritaje sólo cualitativo, o por encontrarnos ante incautaciones de drogas –no menores– pero sólo con trazas de sustancia ilícita.

Es absolutamente coherente y necesario, dentro del orden social, entender que la ley es estricta al contemplar determinadas sustancias dentro del objeto material sobre las que recae el bien jurídico protegido.

A modo de ejemplo, no podríamos relativizar o eximir de efectos dañinos a la cocaína por el estado en que ésta puede presentarse: clorhidrato o base. Lo mismo ocurre con la pureza. Creemos que resulta poco serio, y sin argumentos probados, argüir que estamos en presencia de una sustancia inocua y, por lo tanto, no controlada por la Ley de Drogas, por la no determinación de la pureza de la droga, en circunstancia que, a través de métodos científicos, se ha dado certeza de la existencia de la sustancia misma - *su naturaleza*.

Con todo, entendemos que se generen discusiones jurídicas, pues el derecho penal protege bienes jurídicos como “ultima ratio”, y en ese sentido, parece lógico el cuidado religioso y apegado a la *protección de bienes jurídicos relevantes, que justifica la intervención del Estado*.

²⁴ Corte de Apelaciones de Arica, 27 de septiembre de 2013, Rol N°225-2013, considerando 9°.